

SK-Nr. 2008 401

Urteil der 1. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern,

unter Mitwirkung von Obergerichtssuppleantin Hubschmid (Präsidentin i.V.), Oberrichter Zihlmann und Oberrichter Stucki sowie Kammerschreiberin Jungo

vom 19. Februar 2009

in der Strafsache gegen

A.

vertreten durch Fürsprecher Z.

Angeschuldigter/Appellant

wegen versuchten Betruges, Verfügung über mit Beschlag belegte Vermögenswerte und Irreführung der Rechtspflege

Generalprokuratur des Kantons Bern, Maulbeerstrasse 10, Postfach 6250, 3011 Bern

Staatsanwaltschaft/Generalprokuratur/Anschlussappellantin

Regeste

Anders als bei Art. 303 Ziff. 1 Abs. 2 StGB bleibt nach Art. 304 StGB strafflos, wer durch das Legen von Spuren usw. vortäuscht, dass ein Delikt begangen wurde, ohne dies gegenüber einer Behörde explizit zu behaupten.

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Der Angeschuldigte transportierte Ware aus seinem Imbisslokal ab und hinterliess an der Türe zum Lokal Spuren, alles in der Absicht, einen Einbruchdiebstahl vorzutäuschen um von der Versicherung die entsprechende Leistung zu erlangen. Während seiner Ferienabwesenheit entdeckte seine von ihm getrennt lebende Ehefrau den fingierten Einbruchdiebstahl und informierte die Polizei. Die Vorinstanz sprach den Angeschuldigten des versuchten Betruges, der Verfügung über mit Beschlag belegte Vermögenswerte sowie der Irreführung der Rechtspflege schuldig und verurteilte ihn zu einer teilbedingten Geldstrafe von 168 Tagessätzen (40 Tagessätze unbedingt). Gegen dieses Urteil erhob der Angeschuldigte die Appellation, beschränkt auf den Schuldspruch wegen Irreführung der Rechtspflege sowie die

Sanktion. Auch die Staatsanwaltschaft erklärte die Appellation, welche aber von der Generalprokuratur in eine Anschlussappellation umgewandelt wurde.

Auszug aus den Erwägungen:

(...)

III. RECHTLICHE WÜRDIGUNG

(...)

2. Subsumtion

Der Schuldspruch der Vorinstanz beruht hauptsächlich auf der Überlegung, dass der Angeschuldigte gewusst habe, dass seine Ex-Frau [nachfolgend X.] das Lokal während seiner Abwesenheit regelmässig aufsuche und dabei feststellen würde, dass etwas nicht stimme. Somit hätten die Behörden indirekt davon (vom Einbruchdiebstahl) Kenntnis erlangt und kraft dessen von Amtes wegen gehandelt. Die nicht begangene Straftat sei somit angezeigt worden. Zur Begründung wird im erstinstanzlichen Urteil DELNON/RÜDY, BSK II, N 8 zu Art. 304 i.V.m. N 20 zu Art. 303 StGB, zitiert, wonach ausreichend sei, wenn der Beschuldigte so vorgehe, dass „nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge damit zu rechnen sei, die Behörden würden – allenfalls indirekt – davon Kenntnis erlangen und kraft dessen von Amtes wegen etwas unternehmen“ (vgl. erstinstanzliches Motiv S. 6 f. = pag. 125 f.).

Die Kammer kommt aus folgenden Gründen zu einem anderen Schluss:

- Unbestritten ist, dass der Angeschuldigte am 18. oder 19. Dezember 2007 in die Ferien abgereist ist und seine Ehefrau den Einbruch am Samstag, 29. Dezember 2007 um 10.34 Uhr der Polizei meldete. Dass aber der Angeschuldigte so vorgegangen ist, dass „nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu rechnen ist, die Behörden würden – allenfalls indirekt – davon [vom fingierten Einbruchdiebstahl] Kenntnis erlangen“, erscheint der Kammer nicht als erwiesen.

Es ist zwar möglich, dass der Angeschuldigte damit rechnete, dass jemand während seiner Ferienabwesenheit den Einbruch bzw. Diebstahl bemerken würde. Zu den möglichen „Entdeckern“ des Delikts gehörten insbesondere die Hausbewohner – das Imbisslokal befand sich im Parterre eines Wohnblocks –, sein Bruder, der auch einen Schlüssel zum Lokal gehabt hatte, sowie Gäste/Kunden, die das Lokal aufsuchen wollten. Es ist aber ebenso vorstellbar, dass während der Ferienabwesenheit des

Angeschuldigten von diesen Personen niemand den Diebstahl bemerkt hätte. Die Spuren (Abdrücke eines Flachwerkzeugs) an der Eingangstüre zum Lokal waren nicht sehr markant, als dass sie von Passanten/Hausbewohnern ohne weiteres hätten bemerkt werden müssen (vgl. pag. 13). Ob dann dieser unbestimmte Personenkreis bei Feststellen der Spuren die Polizei darüber ins Bild gesetzt hätte, bleibt ebenfalls fraglich.

Zu den möglichen „Entdeckern“ gehörte nebst diesen Personen seine Ehefrau, welche den Einbruch schliesslich auch entdeckte und der Polizei meldete. Der Angeeschuldigte ist bei seinem Täuschungsmanöver aber auch nicht so vorgegangen, dass nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge damit zu rechnen war, dass sie den Diebstahl bemerken und diesen der Polizei melden würde.

Es ist vorab zu erwähnen, dass sich der Angeschuldigte im ganzen Verfahren zu dieser Frage nie geäussert hat bzw. er dazu gar nie befragt wurde. Die im erstinstanzlichen Motiv erwähnte Aussage, „er habe gewusst, dass X. [während seiner Abwesenheit] zum Rechten schauen werde“ (vgl. Motiv S. 3 = pag. 122), ist – wie der stv. Generalprokurator ebenfalls bemerkt – nicht in den Akten zu finden. Es war X., die zu Protokoll gab, dass sie eigentlich „standardmässig“ im Falle der Ferienabwesenheit des Angeschuldigten die Post des Lokals abhole („Wie immer, wenn mein Mann in den Ferien war, ging ich wöchentlich einmal, meistens am Samstag, die Post des Lokals leeren“, pag. 85 Z. 3 f.). Ihre Aussage mag zweifellos auf die Zeit vor November 2006 zutreffen, als sie noch als Geschäftsführerin im Imbisslokal tätig gewesen war. Der Angeschuldigte konnte somit wohl damals davon ausgehen, dass seine Frau zum Rechten schauen würde. Dass er aber im Dezember 2007 – also ein Jahr nach privater und beruflicher Trennung von seiner Ehefrau – wusste oder davon ausgehen konnte, seine Frau würde im Sinne einer Stellvertreterin zum Rechten schauen und insbesondere die Post des Lokals wöchentlich abholen, ist nach Ansicht der Kammer nicht genügend erstellt und zwar aus den folgenden Gründen:

- X. war offenbar während eines ganzen Jahres nicht mehr im Lokal des Angeschuldigten gewesen (pag. 12). Es ist nicht klar, wer in dieser Zeitspanne bei Abwesenheit des Angeschuldigten zum Lokal schaute bzw. es bleibt offen, ob der Angeschuldigte überhaupt abwesend war.
- Es ist ebenfalls unklar, welche Funktion der Bruder des Angeschuldigten im Lokal ausübte bzw. ob er das Geschäft bei Abwesenheit des Angeschuldigten führte. Gemäss den Aussagen von X. soll der Bruder des Angeschuldigten auch im Ge-

schäft mitgeholfen (pag. 85 Z. 16 f.) resp. das Geschäft zusammen mit dem Angeschuldigten betrieben haben (pag. 12).

- Gemäss den Aussagen von X. hätten sie und der Angeschuldigte sich im Dezember 2007 wegen des gemeinsamen Sohnes wöchentlich getroffen; trotz dieses regelmässigen Kontakts konnte sie gegenüber der Polizei über das exakte Datum der Ferienabwesenheit ihres Mannes nicht Auskunft geben (pag. 85 Z. 38).
- Obwohl X. zu Protokoll gab, sie habe im Dezember 2007 gleichwohl noch eine gewisse Verantwortung innegehabt, da der Mietvertrag der Geschäftsräumlichkeiten immer noch auf ihren Namen gelautet habe (pag. 85 Z. 5 f.), scheint sie über das Lokal und mithin die Geschäftstätigkeit ihres Mannes keine grosse Ahnung (mehr) gehabt zu haben. So wusste sie u.a. nicht, dass Gegenstände des Lokals gepfändet worden sind (pag. 85 Z. 46).

Nach dem Gesagten konnte der Angeschuldigte nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge gerade nicht damit rechnen, seine Frau würde während seiner Abwesenheit zum Rechten schauen. Es hätte ohne weiteres sein können, dass X. die Post erst später oder aber – nach dem Ende der Betriebsferien am 3. Januar 2008 – gar nicht abgeholt hätte. Im letzteren Fall wäre es womöglich der Bruder gewesen, der den fingierten Einbruchdiebstahl entdeckt hätte. Wie dieser reagiert hätte, bleibt offen.

Hinzu kommt, dass es dem Angeschuldigten mit dem Einbruch unbestrittenermassen um den Erhalt der Versicherungsleistung ging. Zwar dürfte ihm bekannt gewesen sein, dass die Versicherung im Falle eines Diebstahls ihre Leistung von einer bei der Polizei eingereichten Anzeige abhängig machen würde (vgl. pag. 40) und seine Versicherungspolice per Ende 2007 endet; dennoch ist es durchaus denkbar, dass er sich nach seiner Rückkehr (am 10. Januar 2008) selber bei der Polizei gemeldet und den fingierten Einbruchdiebstahl angezeigt hätte. Vielleicht hätte er aber auch nichts unternommen.

Schliesslich ist anzufügen, dass der Tatplan des Angeschuldigten insgesamt zu wenig konkret und ausgeklügelt war. Er hätte das Ganze exakt planen und gezielt Vorarbeiten treffen müssen. Die Kammer kommt daher zum Schluss, dass sich eine Verurteilung wegen Irreführung der Rechtspflege nicht begründen lässt. Der Vollständigkeit halber sei noch erwähnt, dass an diesem Ergebnis auch die Aussage des Angeschuldigten nichts ändert, als er auf Frage der Polizei („Wer hatte die Idee gefasst beim Restaurant Y., [...], einen Einbruchdiebstahl vorzutäuschen, die Küchengeräte wegzuschaffen und dann die Polizei zu verständigen?“, pag. 88 Z. 16-

18) den Tatbestand der Irreführung der Rechtspflege quasi zugab („Ich hatte diese Idee gefasst“, pag. 77 Z. 20). Denn der Vorhalt erfolgte von der Polizei und der Angeschuldigte erwähnte selber nie, dass er die Polizei verständigen wollte bzw. er damit rechnete, dass jemand anders Anzeige erstatten würde.

- Auch unter Zuhilfenahme der Argumentation der mittelbaren Täterschaft (vgl. schriftlicher Parteivortrag der Generalprokuratur S. 2 f., pag. 164 f.) lässt sich nach Ansicht der Kammer ein Schuldspruch wegen Irreführung der Rechtspflege nicht begründen. Mittelbarer Täter ist, wer die Tat durch einen andern, dessen Willen mit dem seinen nicht koordiniert ist, ausführen lässt; in der Formulierung des Bundesgerichts: *“wer einen andern als willenloses oder wenigstens nicht vorsätzlich handelndes Werkzeug benützt, um durch ihn die beabsichtigte strafbare Handlung ausführen zu lassen“* (TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Schweizerischen Strafgesetzbuch, 2008, N 2 vor Art. 24 StGB). Im Vordergrund steht der Fall eines Tatmittlers, der ohne Vorsatz handelt. Hier hat allein der Hintermann kraft seines überlegenen Wissens die Herrschaft über den Geschehensablauf, ganz gleich, worin der Irrtum des Tatmittlers begründet ist (STRATENWERTH/WOHLERS, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 2. Aufl., 2009, N 4 vor Art. 24 ff. StGB). Da – wie oben ausgeführt – der Angeschuldigte nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge nicht damit rechnen konnte, dass seine Ehefrau den Einbruch bemerken würde, kann nicht argumentiert werden, er habe sich seiner Ehefrau als „willenloses Werkzeug“ bedient. Der Angeschuldigte hatte eben gerade die „Herrschaft über den Geschehensablauf“ nicht.
- Im Weiteren führt auch ein Blick auf die Gesetzessystematik bzw. ein Vergleich von Art. 304 StGB und Art. 303 StGB zum Schluss, dass sich der vorliegende Sachverhalt nicht unter Art. 304 StGB subsumieren lässt. Denn anders als bei Art. 303 Ziff. 1 Abs. 2 StGB bleibt nach Art. 304 StGB straflos, wer durch das Legen von Spuren usw. vortäuscht, dass ein Delikt begangen wurde, ohne gegenüber der Behörde eine entsprechende Behauptung aufzustellen (DONATSCH/WOHLERS, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 3. Aufl., 2004, § 97, S. 375; ebenso DELNON/RÜDY, a.a.O., N 8 und 30 zu Art. 304 StGB). Art. 303 Ziff. 1 Abs. 2 StGB sieht im Gegensatz zu Art. 304 StGB die Tatbestandsvariante der „indirekten falschen Anschuldigung“ vor. Der ausdrücklichen Beschuldigung wird in Art. 303 Ziff. 1 Abs. 2 StGB der Fall gleichgestellt, dass jemand in anderer Weise arglistige Veranstaltungen trifft. Diese müssen auf die Täterschaft einer

bestimmten Person hinweisen, die sie in Tat und Wahrheit nicht begangen hat. Der Tatbestand erfüllt z.B., wer am Tatort Spuren anbringt oder Effekten deponiert, die scheinbar vom Bezichtigten zurückgelassen wurden, oder wer diesem unbemerkt Diebesgut zuschiebt. Arglistig ist das Vorgehen des Täters dann, wenn es nicht leicht durchschaubar ist und objektiv die Eröffnung einer Strafuntersuchung gegen den Geschädigten erwarten lässt. Demnach müssen die Veranstaltungen so angelegt sein, dass sie voraussichtlich zur Kenntnis der Strafbehörden gelangen, so etwa durch polizeiliche Ermittlungen am Tatort oder eine Meldung gutgläubiger Dritter (DONATSCH/WOHLERS, a.a.O., § 96, S. 372).

Das Verhalten des Angeschuldigten (Spuren legen, Einbruchdiebstahl vortäuschen, keine bzw. Unterlassen einer Meldung an die Behörde/Polizei) entspricht grundsätzlich der Tatbestandsvariante von Art. 303 Ziff. 1 Abs. 2 StGB, mit dem Unterschied, dass er keine Person eines Deliktes bezichtigte. Unter Art. 304 StGB lässt sich sein Verhalten jedoch nicht subsumieren, da in Art. 304 StGB das Gegenstück zu Art. 303 Ziff. 1 Abs. 2 StGB fehlt – wenn auch aus nicht recht ersichtlichen Gründen (STRATENWERTH/BOMMER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen, 6. Aufl., 2008, § 53 N 27). Im Übrigen kann die Tat auch nicht durch Unterlassen begangen werden (TRECHSEL, a.a.O., N 2 zu Art. 304 StGB).

Es kann im Übrigen auf die Botschaft vom 28. Juli 1918 (BBl 1918, Bd. IV, S. 63) verwiesen werden, wo der Gesetzgeber die falsche Anschuldigung (alt Art. 267) als die gefährlichste Form der missbräuchlichen Anrufung der Strafverfolgungsbehörden bezeichnet: *„Die missbräuchliche Anrufung der Strafverfolgungsbehörde in ihrer hässlichsten und gefährlichsten Form ist die Verzeigung einer Person mit dem Bewusstsein ihrer Nichtschuld. Neben der förmlichen Strafanzeige mit namentlicher Bezeichnung des Beschuldigten sollen auch andere arglistige Veranstaltungen, wie z.B. die Herrichtung falscher Spuren, die zur Verfolgung eines Nichtschuldigen verleiten müssen, bestraft werden [...]“*.

- Schliesslich fällt eine Schuldigsprechung wegen Teilnahme am Delikt nach Vollendung der Tat aber noch vor Beendigung des Vergehens (vgl. schriftlicher Parteivortrag der Generalprokuratur S. 3 f.; pag. 165 f.) schon aufgrund des Anklagegrundsatzes ausser Betracht. Denn dazu hätte eine Ausdehnung der Strafverfolgung in zeitlicher Hinsicht erfolgen müssen. Nach dem Anklagegrundsatz kann dem Angeschuldigten nur das vorgeworfen werden, was Gegenstand des Überweisungsbeschlusses ist. Gegenstand der Überweisung ist vorliegend die Irreführung der Rechtspflege, „begangen in der Zeit vom 16. bis 19. Dezember 2007 bzw. am 29. Dezember 2007 in

U. und V., indem er Mobiliar sowie Küchengeräte aus seinem Restaurant wegschaffte, die Türe zum Lokal mit einem Flachwerkzeug aufwuchtete und so einen Einbruchdiebstahl vortäuschte [...]“ (Überweisungsbeschluss pag. 98), nicht aber ein Verhalten zu einem späteren Zeitpunkt.

Es hat somit ein Freispruch zu erfolgen.

[...]